stanz zulässiger Einreden noch zustehen, einerlei übrigens, ob er von dem Prozesse Kenntniß hatte oder nicht.

2) Bei Cessionen von anhängigen Klagen nach der Litiscontestation tritt der neue Erwerber derselben ganz an die Stelle des ursprünglichen Klägers und die Lage des Beklagten darf hierdurch in keiner Weise eine schlimmere werden.

Bei persönlichen Klagen kann die Veräußerung der mittelbar hierdurch in Anspruch genommenen Sache, unter den geeigneten Voraussetzungen durch richterliche Arrestanlage verhütet, und die ohne Wissen des Klägers vorgenommene Veräußerung durch Ertheilung einer Restitution gegen dieselbe oder einer Revocatorienklage unschädlich gemacht werden.

---

# IV.

## Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen.

Von

Hrn. Dr. **Robert Römer,**
außerordentlichem Professor in Tübingen.

### §. 1.

Wenn das Rechtsgeschäft, dessen Abschluß von den Betheiligten beabsichtigt wurde, irgend eines Mangels wegen nichtig ist, so kann es der Fall sein, daß dasselbe äußerlich alle Erfordernisse eines anderen, als des beabsichtigten Rechtsgeschäftes an sich trägt und als dieses andere Rechtsgeschäft wohl bestehen könnte. Wird es nun wirklich als dieses andere Rechtsgeschäft aufrecht erhalten, so nennen es die Neueren: Conversio actus juridici, Verwandlung des ursprünglich beabsichtigten, aber nichtigen Geschäfts in dieses andere, giltige — eine Bezeich-

nung von sehr problematischem Werth, schon deßhalb, weil, was nicht ist, überhaupt nicht in ein Anderes verwandelt werden kann. Halten wir uns aber damit nicht auf, wenden wir uns sofort zu der Aufgabe dieser Zeilen, zur Untersuchung der Bedingungen, unter welchen das nichtige Geschäft als ein anderes aufrecht erhalten werden darf.

Wesentlich erleichtert wird diese Aufgabe durch die Ausscheidung der angrenzenden juristischen Fälle.

Vor allem handelt es sich hier nicht von der theilweisen Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts, wie von Thibaut, ja sogar von Puchta angenommen wird.[1]) Es bleibt nemlich von dem zunächst beabsichtigten Geschäft gar Nichts bestehen, das Geschäft, welches gilt, ist ein absolut anderes, es liegt durchaus nicht eine blos quantitative Differenz vor, und es bekundet eine rein äußerliche Auffassung, wenn dieser Unterschied deßhalb verkannt wird, weil von dem ursprünglich beabsichtigten Geschäft die Form bleibt, denn die Form für sich ist Nichts, sie erhält überhaupt ihre juristische Bedeutung nur durch den hinzutretenden Willen.[2])

Sodann gehört die blos falsche Benennung eines Rechtsgeschäftes nicht hieher. Der Name hat gar keine Bedeutung, es entscheidet lediglich der Inhalt, als welches Geschäft dieser es ergiebt, als solches gilt es und wird es behandelt.[3])

Endlich ist mit der vorliegenden Frage der Fall nicht zu verwechseln, da es (von vorneherein) zweifelhaft ist, was für ein Rechtsgeschäft überhaupt beabsichtigt gewe-

---

1) Thibaut Syst. d. Pand. R. §. 79 a. E. Puchta Pand. §. 67 bei Note f und Vorlesgn. Bd. 1 S. 142.

2) Vgl. v. Savigny System des h. R. R. Bd. 4 S. 144 und besonders Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. Bd. 2 §. 86 Note 57.

3) v. Savigny a. a. O. Bd. 3 S. 262 Nr. 2 und S. 305 Bd. 4 S. 102. Wächter a. a. O. S. 672.

sen, denn in unserem Falle ist vorweg als ganz bestimmt vorausgesetzt, daß das nichtige Rechtsgeschäft vor allem entschieden beabsichtigt ist und nur das zweifelhaft, ob und unter welchen Voraussetzungen, wenn das ursprünglich beabsichtigte Geschäft nichtig ist, ein anderes als bestehend angenommen werden darf.

Dieses nun, d. h. unsere eigentliche Aufgabe, läßt sich durch eine genaue Zergliederung des Begriffs und Wesens des Rechtsgeschäfts überhaupt sicher und befriedigend beantworten.

Rechtsgeschäft ist die auf Entstehung, Aufhebung oder Modification eines Rechtsverhältnisses gerichtete und diese bedingende Willenserklärung. —

Die Willenserklärung hat zwei Seiten. Eine äußere, den Körper des Rechtsgeschäfts, die Erklärung, deren Form die Form des Rechtsgeschäfts ist, und eine innere, die Seele des Geschäfts, die Richtung des Willens auf den juristischen Zweck.

Die Uebereinstimmung beider Seiten ist eben das Rechtsgeschäft. Diese muß also vor allem gewiß sein, wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft als bestehend gelten soll. An dieser Gewißheit fehlt es aber gerade in dem Falle der s. g. Conversion. In diesem Falle liegt nemlich auf der einen Seite eine Erklärung vor, der zwar der Wille entspricht, die aber wegen irgend eines Mangels (sei es in der Erklärung, in der Form, sei es hinsichtlich der Willensfähigkeit gerade zu diesem Geschäft) nichtig ist, den entsprechenden juristischen Willen gar nicht zur juristischen Existenz kommen läßt (das ursprünglich beabsichtigte, aber nichtige Geschäft), auf der andern Seite ist zwar das Aeußere, der Körper eines Rechtsgeschäfts, vorhanden, aber es ist zweifelhaft, ob ihm der entsprechende Wille zur Seite steht, eben weil die Erklärung zunächst unzweifelhaft in einer anderen Absicht, entschieden in der Absicht, eine andere rechtliche Wirkung hervorzubringen, gegeben ist.

Soll daher eine s. g. Conversion angenommen werden, so muß die Richtung des Willens auch auf die aus der an sich zureichenden Erklärung folgenden Rechtsänderung, d. h. die wenigstens eventuelle Richtung des Willens auf Abschließung auch des zweiten Rechtsgeschäfts anderweitig und besonders festgestellt sein, und es ist durchaus unzulässig, ohne diese besondere Feststellung, ohne Weiteres in jedem Falle, wo das nichtige Rechtsgeschäft äußerlich betrachtet als ein anderes aufrecht erhalten werden könnte, diese Conversion anzunehmen.

Uebrigens kann der Wille, es solle eventuell an die Stelle des nichtigen das anderweitige Rechtsgeschäft treten, sowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt sein, und es ist auch eine allgemeine Erklärung: Das Geschäft möge aufrecht erhalten werden, wie es irgend möglich sei u. dgl., hinreichend.

§. 2.

Das in dem Bisherigen aus dem allgemeinen Wesen des Rechtsgeschäfts gewonnene Resultat wird durch die Aussprüche unserer Quellen vollkommen bestätigt und trefflich im Concreten erläutert.

l. 1. §. 4. Dig. de pecunia const. 13. 5.
(Ulpianus libro 27 ad Ed.)

Eum, qui inutiliter stipulatus est, quum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

Wer eine bestehende obligatio (sei sie civilis oder naturalis,) durch stipulatio in eine verborum obligatio verwandeln will, kann, wenn die stipulatio ungültig ist, nicht mit der (prätorischen) actio de constituta pecunia auftreten, weil die fragliche Handlung (von Seiten des Schuldners) nicht in der Absicht zu constituiren, sondern im Wege der Stipulation sich zu verpflichten, vorgenommen wurde.

Also die stipulatio, welche als solche inutilis ist, aber als nudum pactum (denn dieß ist das constitutum) auf-

recht erhalten werden könnte, darf nicht als letzteres gelten, weil es an dem Willen fehlt, die stipulatio im Falle der Ungiltigkeit als constitutum gelten zu lassen, und zwar wird dieser Mangel des Willens gerade daraus abgeleitet, daß die Handlung in der Absicht, eine Stipulation zu schließen, geschah, ohne irgend welche Andeutung, daß ein Constitutum positiv und direct nicht gewollt sei. Letzteres könnte man aus den Worten: „quum stipulari voluerit, non constitui sibi" entnehmen wollen, gewiß ohne Grund, wie die ganze Ausdrucksweise der Stelle überhaupt und die Schlußworte derselben speziell beweisen.

l. 1. §. 2. Dig. de verb. oblig. 45. 1.
(Idem libro 48 ad Sabinum.)

Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem.

Wer auf die Frage: Wirst du geben? (d. h. eine Sache oder ein Recht auf civilrechtlichem Weg in mein Vermögen bringen,) antwortet: Warum nicht? der haftet aus der verborum obligatio, der stipulatio; diese setzt nemlich durchaus nicht bestimmte Wortformeln, sondern nur die materielle Uebereinstimmung von Frage und Antwort und deren mündliches Aussprechen unter Gegenwärtigen voraus. Dagegen entsteht keine obligatio, wenn der Gefragte blos zunickt, eben weil das Wesen der verborum obligatio mündliches Aussprechen von Frage und Antwort erfordert. Und zwar entsteht nicht nur keine civilis obligatio (d. h. keine eine Klage erzeugende Verpflichtung), sondern auch nicht einmal eine naturalis obligatio für den Zunickenden, d. h. die ungültige stipulatio wird nicht einmal als nudum pactum aufrecht erhalten. An sich, äußerlich, wäre hier durchaus ein nudum pactum vorhanden, denn dieses setzt gar keine bestimmte Form voraus, der Grund, warum ein solches doch nicht angenommen wurde,

kann kein anderer sein, als weil (auf Seite des Gläubigers) blos die Absicht zu Tage lag, eine stipulatio schließen, nicht auch wenigstens eventuell der Wille, ein nudum pactum einzugehen.

l. 9 Dig. de spons. 23. 1.
(Idem libro 35 ad. Ed.)

Quaesitum est apud Julianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit; si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta; quam sententiam Papinianus quoque probat.

Bei Julian wurde die Frage aufgeworfen, ob es als giltiges Verlöbniß vor dem zwölften Jahre anzusehen sei, wenn zu dieser Zeit die Ehe geschlossen werde. (Bei impuberes ist zwar eine Verlöbniß, aber keine Ehe rechtlich möglich). Labeo entschied, und Ulpian stimmt ihm bei, wenn die Sponsalien zuvor geschlossen worden, so bleiben sie giltig, obwohl die Verlobte (verbotener, daher nichtiger Weise) als Frau sich im Hause ihres Verlobten befinde; wenn aber kein Verlöbniß zuvor geschlossen worden, so gelte die deductio in domum (der im Allgemeinen giltige, im vorliegenden Falle aber wegen der Impubertät nichtige Akt der Eheschließung) auch nicht einmal als Verlöbniß. Aeußerlich lägen auch hier alle zu einem giltigen Verlöbniß erforderlichen Momente vor, denn „sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia“ (l. 4 pr. Dig. de spons. 23. 1. Ulp. l. c.)[4]). Daß die Handlung der deductio in domum dennoch nicht wenigstens als Ver-

4) Ursprünglich war die Form der Sponsalien freilich die zweier entgegengesetzten Stipulationen, aber seit gegen die hieraus entstehende actio ex sponsu eine exceptio doli gegeben wurde, entstand der in l. 4 pr. cit. ausgesprochene Grundsatz.

löbniß aufrecht erhalten wurde, ist einzig daraus erklärbar, weil nur der Wille feststand, eine Ehe einzugehen.

Wir haben bisher Fälle zweiseitiger Rechtsgeschäfte in Beziehung auf unsere Frage betrachtet, und zwar sowohl solche, wo das beabsichtigte Rechtsgeschäft wegen eines Mangels hinsichtlich der besonders vorgeschriebenen Form der Abschließung nichtig ist, als auch solche, wo das beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht eine bestimmte Form der Willenserklärung voraussetzt, vielmehr das beabsichtigte Geschäft gerade so wenig eine solche erfordert, wie das Geschäft, als welches es äußerlich betrachtet gelten könnte; denn die römische Ehe wird durch blosen Consens geschlossen, d. h. durch den Willen, die Ehe zu schließen und dessen Ausführung: Zusammenleben mit maritalis affectio, und die deductio in domum ist zwar eine besondere Ceremonie, aber juristisch bedeutungslos außer in Beziehung auf den Beweis der affectio maritalis. Es ist dieses ein Fall der Nichtigkeit des gewollten Geschäfts wegen beschränkter Willensfähigkeit.

Wenden wir uns nun zu den einseitigen Rechtsgeschäften.

Deren Wichtiges ist das Testament und der hieher gehörige Fall seine Aufrechterhaltung als Codicill.

Die Quellen sprechen sich darüber so aus.

l. 1 Dig. de Jure Codicill. 29. 7.
(Ulp. libro 4 Disput.)

Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.

In dieser Stelle ist unsere Anschauungsweise der ganzen Frage so deutlich als irgend möglich dargelegt.

Ulpian sagt: In Rescripten und Constitutionen [5]) sei es oft wiederholt worden: Wer in der Meinung gewesen, er mache ein Testament, und nicht gewollt habe, daß dasselbe auch als Codicill gelten solle, dessen letzter Wille gelte auch nicht als Codicill, daher werden Erben durch die Verfügungen jenes Testaments, wiewohl dieselben an sich giltig in einem Codicill hätten getroffen werden können, nicht verpflichtet. Das: „nec voluit quasi codicillos id valere“ drückt es treffend aus, daß die allerdings vorhandene [6]) Form des Codicills durchaus nicht genüge, daß vielmehr speziell der Wille vorhanden sein (und natürlich auch feststehen) müsse, das Testament solle im Fall der Ungiltigkeit als Codicill aufrecht erhalten werden.

l. 13 §. 1 Dig. eod. (Papinianus libro 19 Quaest.) Tractari solet de eo, qui quum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: Titium heredem esse volo; sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamen-

5) Constituere, constitutio wird nicht blos in Beziehung auf den princeps, sondern auch in Beziehung auf den praetor, ja in Beziehung auf die iuris consulti gebraucht, ebenso rescribere, rescriptum nicht blos für die rescripta principis, sondern auch für die responsa prudentium. Obwohl uns nun weder Constitutionen noch Rescripte der Kaiser in obigem Betreff aus der Zeit Ulpians oder aus einer früheren Zeit erhalten sind, so dürfen wir die vorliegende Stelle doch von kaiserlichen Constitutionen und Rescripten verstehen, denn zu deren Erlassung war gewiß früher eben so viel Veranlassung, als später, und aus späterer Zeit haben wir deren mehrere, wie sich unten ergeben wird.

6) Wenn in dieser Stelle und sonst bei den in den Pandekten excerpirten Juristen in ähnlichen Fällen die Frage, ob wenigstens die Form der Codicille vorhanden sei? ganz übergangen wird, so darf man sich darüber nicht wundern, zu ihrer Zeit galt als Codicill jede auch noch so formlose schriftliche Aufzeichnung, eine besondere Form für die Codicille wurde erst durch Constantin und durch Theodosius eingeführt (l. 1 und 7 Cod. Theod. de testam. 4. 4. vgl. hierüber Witte im Rechtslexicon Bd. 2 S. 679 und jetzt besonders Fein in der Forts. des Commentars von Glück Thl. 44 §. 512).

tum se facere existimaverit; nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Voluntatis autem quaestio ex eo scripto plerumque declarabitur etc.;

Diese Stelle gehört in sofern nicht hieher, als sie den Fall behandelt, da es von vorneherein zweifelhaft ist, ob der Testator ein Testament oder ein Codicill zu machen beabsichtigte, weil er zwar allerdings nur die Form des Codicills einhielt, aber darin von einem heres sprach,[7] insofern aber ist sie auch für die vorliegende Frage wichtig, als sie sagt, wenn der Testator ein Testament zu machen beabsichtigt habe, dann könne vom Intestaterben gar Nichts verlangt werden, d. h. die Verfügung werde auch nicht als Codicill aufrecht erhalten, wiewohl die Form eines solchen unzweifelhaft vorliegt.

l. 41 §. 3 Dig. de pup. et vulg. subst. 28. 6. (Papin. libro 6 Resp.)

Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, quum substitutionis conditio puberem aetatem verbis precariis egreditur. Quae ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est etc.

Der Vater kann in seinem Testamente für den Fall, daß sein Sohn vor erreichter Pubertät oder auch nachher sterben sollte, ein Universalfideicommiß anordnen, und der Intestaterbe des Sohns hat über Abzug der Quart dem Fideicommissar die Erbschaft herauszugeben. Dieß aber nur, wenn das väterliche Testament zu Recht besteht, ist solches nicht der Fall, so gilt die Scriptur, die nach des

7) s. die ausführliche und treffliche Interpretation dieser Stelle von Fein a. a. O. §. 1511 S. 93—99.

Vaters Willen ein Testament sein soll, nicht als Codicill, außer es wäre dieß besonders bestimmt worden. — Damit behauptet Papinian gerade das von uns Ausgeführte, aber auch nicht mehr, namentlich nicht, es müsse der Ausdruck „Codicill" gebraucht, auch nicht, es müsse sonst eine ausdrückliche Erklärung im Gegensatz zu einer stillschweigenden vorhanden sein, Papinian sagt nur und will nur sagen, die s. g. Codicillarklausel verstehe sich nicht von selbst, es müsse der (eventuelle) Wille des Testators besonders festgestellt werden, daß die Verfügung auch als Codicill gelten solle, freilich kann dieß nicht anders geschehen, als wenn der Testator es erklärt hat: „expressum", und der blose Wille ohne entsprechende Aeußerung ist überhaupt juristisch bedeutungslos, allein erklärt, expressum ist der Wille durch jedes verständliche Zeichen, seien es solche, die blos zu diesem Zwecke gebraucht werden (ausdrückliche Erklärung), oder Handlungen, die zugleich eine andere Funktion haben, aus denen aber der fragliche Wille erschlossen wird (stillschweigende Willenserklärung). [8])

Das so eben Ausgeführte wird bestätigt durch:

l. 29. §. 1. Dig. qui testam. fac. poss. 28. 1.

l. 88. §. 17. Dig. de leg. II.

wornach jede auch ganz allgemeine Erklärung genügt: Der Erblasser wolle seine Verfügung auf irgend welche

8) Allerdings gab es zur Zeit der classischen Juristen noch kein h. z. T. s. g. mündliches Codicill, sondern nur ein schriftliches, s. Fein a. a. O. S. 412, allein daraus folgt nicht, daß auch der Wille, die ungiltige Testamentsurkunde solle als Codicill gelten, schriftlich, also ausdrücklich erklärt werden mußte. Zugleich liegt in den bisher oben betrachteten Stellen eine Bestätigung der von Fein neuerdings vertheidigten Ansicht, daß es zur Zeit der classischen Juristen nur ein schriftliches Codicill gab, denn überall, wo die Frage erörtert wird, ob ein nichtiges Testament als Codicill aufrecht zu erhalten sei, handelt es sich um einen schriftlichen Aufsatz. Ebenso in den sofort zu betrachtenden l. 11 Cod. 7. 2 und l. 8 §. 1 Cod. 6. 36.

Weise aufrecht erhalten wissen, eine Bestimmung, durch die zugleich das oben in §. 1 a. E. überhaupt, auch für alle andern Rechtsgeschäfte Behauptete erwiesen ist.

Schließlich kommt aus den Pandekten noch in Betracht

l. 29. pr. Dig. qui testam. fac. poss.
(Paulus libro 14 Resp.)

Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.

Aus einer Schrift, welche Vorbereitungen zur Errichtung eines Testaments enthält (vielleicht das ganze Testament materiell vollständig), kann, wenn das Testament unvollendet geblieben ist, (perfectum ist es erst mit der Vollendung aller wesentlichen Solennitäten), auch dasjenige nicht verlangt werden, was darin die Form des Fideikommisses hat, und, muß man hinzudenken, an sich als Codicill aufrecht erhalten werden könnte, weil ja hiezu nur überhaupt schriftliche Aufzeichnung erforderlich ist. Der Grund dieser Entscheidung ist begreiflich kein anderer, als der, daß es an der Gewißheit der Willens fehlt, es solle das Testament eventuell als Codicill gelten. Insofern ist die Stelle auch für uns wichtig, im Uebrigen aber deßhalb unpraktisch, weil nach späterem Römischen und heutigem gemeinen Recht die Form des Codicills sich von der des Testaments wenig unterscheidet.

Die ganze bisherige Erörterung über die Codicillarclausel erhält ihre volle Bekräftigung durch ein Rescript von Theodosius:

l. 8. Cod. de codicillis 6. 36.
(Aus l. 7. Cod. Theod. de testam. et Cod. 4. 4.)

l. 8. §. 1. sagt nemlich:

Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ul-

timam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere" . . .

Das unvollendet gebliebene Testament gilt nicht als Codicill, wenn nicht eventuell der Wille des Testators auf diese Art der Aufrechterhaltung ging; der Ausdruck „id ille complexus sit" beweist zugleich die Richtigkeit unserer oben gegebenen Interpretation des „nisi hoc expressum est" in l. 41. §. 3. Dig. cit. Denn das „complexus sit" ist der allgemeinste Ausdruck für Willenserklärung, der sich denken läßt, gleich unserm deutschen „begreifen", wenn er nicht auch die Geltung als Codicill darunter begriffen hat.

Nicht minder beweisend ist:

l. 11. Cod. de testament. manum. 7. 2.
(Diocletianus et Maximianus.)

Si jure non subsistit testamentum, in hoc nec libertates (quum non fuisse adiectum, ut pro codicillis scriptum valeret, proponas) recte datas constabit.

Ebenso:

l. 29. Cod. de fideicomm. 6. 42. (Idem):

Ex testamento, quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, si non intestato quoque succedentes rogati probentur, peli potest.

Von der letzten Stelle ist es allerdings zweifelhaft, ob sie die Codicillarclausel betrifft, da die rogatio fideicommissi an den Intestaterben nicht nothwendig in einem Codicill (schriftlich) geschehen mußte, sondern auf jede beliebige Weise auch nur mündlich, überhaupt wie nur immer eine Willenserklärung erfolgen kann, vor sich gehen durfte, allein soviel geht doch aus der Stelle entschieden hervor, daß auch als Fideicommiß die als Testament ungiltige Willenserklärung nicht gilt, es würde denn von dem angeblichen Fideicommissar bewiesen, daß eventuell die Errichtung eines Fideicommisses beabsichtigt gewesen sei, obwohl formell die Disposition als Fideicommiß gelten könnte.

## §. 3.

Die bisher vertheidigte und aus den Quellen erwiesene Theorie muß nicht nur dem das Wesen der Willenserklärung, des Rechtsgeschäfts theoretisch Zergliedernden, sondern auch dem zunächst blos praktisch Betrachtenden einleuchten.

Die Voraussetzung jeder Handlung ist die Richtung des Willens auf einen bestimmten Zweck, bei Rechtsgeschäften auf einen juristischen Zweck, auf das Rechtsverhältniß, welches dadurch erzeugt, aufgehoben oder modificirt werden soll, kurz auf eine bestimmte Rechtsänderung. Ist nun eine solche bestimmte juristische Wirkung nach der vorliegenden Erklärung beabsichtigt, so berechtigt Nichts, dem Erklärenden für den Fall, daß die beabsichtigte (juristische, nicht faktische) Wirkung nicht hervorgebracht wurde, eine ganz andere als gewollt zu substituiren, falls er diesen Willen nicht irgendwie erklärt hat.

Deßhalb gilt die stipulatio in

l. 1 §. 4 Dig. 13. 5 und in
l. 1 §. 2 Dig. 45. 1.

nicht als nudum pactum; die juristische Wirkung der stipulatio ist eine wesentlich andere als die des nudum pactum, auch wo dieses, wie beim constitutum eine Klage erzeugt, man denke nur an den specifischen Charakter der negotia stricti juris.

Deßhalb wird nach

l. 9 Dig. 23. 1.

die ungiltige Ehe der Unmündigen nicht als Verlöbniß aufrecht erhalten, dieses ist ein ganz anderes Rechtsverhältniß als jene.

Aus demselben Grunde endlich gilt das Testament nicht ohne Weiteres als Codicill, der im Testament Eingesetzte succedirt per universitatem, der im Codicill Bedachte, der Fideicommissar, selbst der Universalfideicommissar ist blos Singularsuccessor, und wenn auch im spä-

teren und besonders im justinianeischen Recht dem Universalfideicommiß eine dem Erbrecht analoge Wirkung beigelegt ist, so ist es doch lange mit diesem noch nicht identisch, steht doch noch immer der Fiduciar als direkter Erbe in der Mitte.

In dieser Rechtfertigung unserer Theorie liegt aber zugleich auch ihre Grenze.

Die Rechtsgeschäfte werden geschlossen, lediglich um eine bestimmte Rechtsveränderung hervorzubringen, um einen gewissen juristischen Zweck zu erreichen.

Daraus ergiebt sich für die Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte unmittelbar das die bisherige Lehre darüber wesentlich modificirende, nicht genug zu premirende Princip:

Wenn das gewollte Rechtsgeschäft nicht gilt, es sind aber die objektiven Erfordernisse eines andern Rechtsgeschäfts in der betreffenden Willenserklärung vorhanden, so ist es auch ohne den besonders darauf gerichteten Willen der Parthien als dieses Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten, wofern im Wesentlichen dieselbe Rechtsänderung, dieselbe juristische Wirkung durch dieses zweite Rechtsgeschäft hervorgebracht wird.

Die Richtigkeit dieses Princips kann Niemand in Abrede ziehen, der nicht zu behaupten wagt, die Form des Rechtsgeschäfts sei Selbstzweck und nicht blos Mittel zum Zweck, überhaupt der Geist stehe im Dienst der Form.

Auch dieses Resultat findet in den Quellen seine volle Bestätigung, wie auch umgekehrt nur, wenn man dieses Princip hat, ein Widerspruch unter den Quellen selbst nicht vorliegt. Eine kurze Betrachtung derselben wird Beides erweisen.

l. 5 pr. Dig. de resc. vend. 18. 5.
(Julianus libro 15 Dig.)

Cum emtor venditori, vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a ne-

gotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret: sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.

Die acceptilatio ist die Form der Aufhebung für die verborum obligatio, bei den Consensualcontracten, also auch bei dem Kauf ist sie durchaus nicht anwendbar, wird sie dennoch bei denselben vorgenommen, so ist sie als acceptilatio nichtig, sie soll aber, sagt der Jurist, als Consensualvertrag, als Aufhebung des Kaufs durch consensus gelten. Es ist dieses formell möglich, weil die Consensualcontracte keine bestimmte Form haben, vielmehr jede beliebige Erklärung des Willens genügt, materiell ist diese Aufrechterhaltung der nichtigen acceptilatio ohne weiteres darum zulässig, weil aus derselben der Wille, den Kauf aufzuheben, unzweifelhaft erhellt, und, muß man hinzusetzen, der auf Aufhebung des Consensualvertrags gerichtete consensus ganz dieselbe rechtliche Wirkung hervorbringt, wie die acceptilatio, wo sie anwendbar ist, nemlich die Aufhebung des Geschäfts ipso jure.

Der in der Stelle selbst angegebene Grund:

„voluntas utriusque ostenditur, id agentis ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret,“

ist nemlich für sich nicht zulänglich, denn wenn die acceptilatio (wo sie überhaupt anwendbar ist) wesentlich andere juristische Wirkungen hervorbrächte, als der s. g. mutuus dissensus bei den Consensualcontracten, so dürfte das Geschäft nach den in §. 2 oben erörterten Quellenbelegen auch nicht als Consensualvertrag aufrecht erhalten werden, weil ja nur der Wille, die durch die acceptilatio, nicht die durch blosen consensus zu bewirkende Rechtsänderung hervorzubringen, gewiß wäre.

Mehr als das Obige kann aus dieser Stelle wohl nicht abgeleitet werden, wiewohl Thöl in seinem clas-

sischen Werk[9]) auf dieselbe die Ansicht gebaut hat: „das andere Geschäft müsse gewollt sein, dies sei aber im Zweifel anzunehmen, also bis zum Gegenbeweis das Giltige für das Gewollte zu nehmen.“

Es bedarf jedoch keiner langen Beweisführung, daß die l. 5. pr. weder einen allgemeinen Satz der Art ausspricht, noch eine specielle Entscheidung giebt, welche nur unter Voraussetzung dieser allgemeinen Präsumtion erklärbar wäre. Allerdings ist sie nur erklärbar unter Voraussetzung einer Modifikation des Prinzips der ganzen Lehre, die aus jener Entscheidung mit Nothwendigkeit sich ergebende Modification geht aber durchaus nicht weiter, als sie oben von uns formulirt worden ist.

Zudem ist die eine Aufhebung des Prinzips enthaltende Präsumtion Thöl's absolut unvereinbar mit sämmtlichen in §. 2. oben erörterten Quellenzeugnissen, die in ihnen enthaltenen Entscheidungen sind rein undenkbar, wofern Thöl's Meinung richtig ist.

Mit mehr Schein hätte Thöl für sich die

l. 8. pr. Dig. de acceptil. 46. 3.

und l. 19. pr. eod.

beide von Ulpian, die erste libro 48 ad Sabinum, die zweite libro 2. Regularum, anführen können.

Jene lautet so:

An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est, [10]) habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus, cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat, non esse pactum, quum consensum paciscendi non habuerit.

9) Das Handelsrecht Thl. 2. §. 152. a. E.

10) Die Vulgata liest: nisi in hoc quoque consensum est, non habet pactum.

Die zweite sagt:

Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

In l. 8. cit. lehrt Ulpian: Eine ungiltige acceptilatio werde als nudum pactum aufrecht erhalten, außer es hätten die Partheien speciell ein solches nicht gewollt, wie z. B. unzweifelhaft dann anzunehmen sei, wenn der accepto ferens sich der Ungiltigkeit der acceptilatio wohl bewußt gewesen.

In l. 19. cit. macht derselbe Jurist von dieser allgemeinen Regel die specielle Anwendung auf den Fall, daß in Beziehung auf eine re contrahirte obligatio eine acceptilatio vorgenommen ist; diese ist natürlich ungiltig, weil die acceptilatio nur bei der verborum obligatio anwendbar ist, daher wird, wie Ulpian lehrt, der Schuldner auch nicht liberirt d. h. die obligatio nicht ipso jure aufgehoben, aber es wird ihm eine exceptio doli oder pacti conventi gegeben, d. h. die ungiltige acceptilatio gilt ohne Weiteres als nudum pactum.

Wie sind nun aber diese Entscheidungen mit unserer Ausführung vereinbar? Wird dieselbe nicht dadurch vollständig widerlegt? Beweisen sie nicht, daß unsere aus l. 5. pr. Dig. cit. (18. 1.) abgeleitete Modification viel zu eng ist? Dort haben wir die Entscheidung Julian's gerade damit motivirt, daß der mutuus dissensus streng dieselbe Wirkung habe wie die acceptilatio, nemlich die Aufhebung der obligatio ipso jure, und hier wird gelehrt, daß, wo eine obligatio durch acceptilatio also ipso jure aufgehoben werden soll, dieser Act ohne Weiteres als Aufhebung blos ope exceptionis gelte, ist denn Das nicht eine ganz andere juristische Wirkung, als die Partheien beabsichtigt haben?

Ehe die Beantwortung dieser Fragen unternommen wird, ist mit einem Worte die oben angenommene der Vulgata widersprechende Lesart in l. 8. pr. cit. zu recht-

fertigen: Unsere Lesart (sie ist die der Kriegel'schen Ausgabe) ist allein vereinbar mit dem Satze: Dicet aliquis etc. Dieser hätte gar keinen Sinn, wenn die Lesart der Vulgata richtig wäre, ebenso ist die Entscheidung Ulpian's in l. 19. pr. cit. unvereinbar mit der Lesart der Vulgata.

Nun zur Sache selbst.

Zunächst tritt uns ein äußerer Grund entgegen, der absolut verbietet, auch aus l. 8. und 19. cit. mehr abzuleiten, als wir aus l. 5. pr. de resc. vend. hergeleitet haben, nemlich die in §. 2. oben genau erörterten Entscheidungen desselben Ulpian, namentlich bei der stipulatio: Die ungiltige stipulatio wird nicht als nudum pactum aufrecht erhalten, wofern nicht die Partheien dieß eventuell besonders beabsichtigt haben, dem Falle der inutilis stipulatio entspricht nun ganz genau der der inutilis acceptilatio, also muß für die Entscheidung Ulpian's bei dieser letzteren (in l. 8. und 19.) ein Gesichtspunkt gefunden werden, der das in §. 1 und 2 oben als Prinzip der Lehre von der Conversion Entwickelte und vornehmlich durch Ulpian's Aussprüche Belegte unangetastet läßt. Dieser Gesichtspunkt ist folgender:

Der Unterschied zwischen der Zerstörung der obligatio ipso jure und ope exceptionis ist durchaus kein Unterschied des Grades, sondern lediglich ein Unterschied in der Art der Herbeiführung der fraglichen Wirkung, diese, die Wirkung, ist dieselbe, denn in beiden Fällen kann die obligatio vollkommen aufgehoben werden (und zwar ist dieß die Regel), oder nur ihr civiler Theil, so daß naturalis obligatio zurückbleibt.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung bedarf es keines speciellen Quellenzeugnisses, sie liegt in der Sache selbst, eben deßhalb dürften und müßten wir dieselbe Anschauung bei den Römischen Juristen voraussetzen, wir haben aber dafür, daß sie den obigen Gesichtspunkt vollkommen theilen, ihre ausdrücklichen Erklärungen.

l. 66. Dig. de R. J. 50. 17. (Julianus libro 60. Dig.)

Marcellus: desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem,

und

l. 112. Dig. eod. (Paulus libro 8 ad Ed.)

Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

So faßte auch Ulpian die Sache auf und entschied daher ganz richtig in l. 8. und 19. ohne im Geringsten mit sich selbst und dem Prinzip der Lehre von der Conversion in Widerspruch zu kommen: Die Absicht der Partheien ist Aufhebung der obligatio, diese Absicht wird durch eine exceptio ebenso gut erreicht, als durch ein ipso jure wirkendes Ereigniß (überhaupt und im concreten Fall, in dem durch das nudum pactum die obligatio ganz aufgehoben wird, keine naturalis obligatio zurückbleibt), also wird die ungiltige acceptilatio als nudum pactum aufrecht erhalten.

Ganz anders ist es bei der Entstehung der obligatio; die verborum obligatio inutilis wird nicht ohne Weiteres als nudum pactum aufrecht erhalten, denn dieses wirkt als Entstehungsgrund von Obligationen durchaus verschieden von der verborum obligatio, es erzeugt ein durchweg verschiedenes Rechtsverhältniß, denn es gibt ja in der Regel gar keine actio, sondern nur eine exceptio, und auch da, wo es ausnahmsweise eine actio hervorbringt, wie beim constitutum, ist die Differenz ganz wesentlich, das pactum erzeugt nemlich ein freies, ein dem bonae fidei negotium analoges Rechtsverhältniß und eine der bonae fidei actio analoge, eine freie Klage,[11]) während die verborum obligatio ein negotium stricti juris

11) l. 95. §. 4. Dig. de solut. 46. 3. Es ist dieß nicht bei allen prätorischen Klagen anzunehmen, wie Savigny System des H. R. R. Bd. 5. Beil. XIII 6, 10, 18 und §. 225. Note l. behauptet, vergl. dagegen Puchta Curs. d. Inst. §. 165. Note y. y. fgg. wohl aber bei allen den vom Prätor anerkannten Rechtsverhältnissen, die auf der Billig-

mit allen seinen Eigenthümlichkeiten, namentlich der stricti juris actio erzeugt, [12]) ein Rechtsverhältniß, das, beiläufig gesagt, durchaus nicht blos für den Gläubiger, den Kläger, sondern auch für den Schuldner, den Beklagten, vortheilhaft sein kann. [13]) Diese durchaus verschiedene Wirkung des nudum pactum hinsichtlich der Entstehung und hinsichtlich der Aufhebung der Obligationen erklärt und rechtfertigt die ganz verschiedenen Entscheidungen der Quellen für die Fälle, wo die stipulatio und die Fälle, wo die acceptilatio als nudum pactum gelten kann.

So ist denn durch l. 8. und 19. de acceptil. unsere Modification des Prinzips der ganzen Lehre durchaus nicht zweifelhaft geworden, ja es ist durch diese Stellen vielmehr erst recht klar als richtig erwiesen, denn einzig und allein diese Modification vermittelt die sonst durchaus unvereinbaren Aussprüche der Quellen überhaupt, und Ulpian's speciell.

Schließlich ist noch als sehr wichtig anzuführen:

l. 3. Dig. de testam. militis 29. 1.

(Ulpianus libro 2 ad Sab.)

Si miles, qui destinaverat communi jure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? neque enim, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renunciavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique

---

keit beruhen und bei den Klagen, die der Prätor gerade aus dieser Billigkeitsrücksicht gegeben hat; dahin gehört eben das nudum pactum und die (ausnahmsweise) daraus entspringende actio. Vergl. auch Puchta a. a. O. §. 170. Note w.

12) Ueber den Unterschied Puchta a. a. O. §. 269.

13) Puchta a. a. O. Savigny a. a. O. Beil. XIII. Nr. 13.

pagani solent, quum testamentum faciunt per scripturam,[14]) adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere, nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse; nam secundum nostram sententiam etiam D. Marcus rescripsit.

Diese Stelle enthält eine directe und absolut beweisende Anwendung unserer Modification. Ulpian entscheidet, der letzte Wille des Soldaten, der ein gemeines Testament zu machen beabsichtigt hatte, aber starb, ehe es perfect war, sei als (privilegirtes) Soldatentestament aufrecht zu erhalten, ohne daß irgend der Wille des Soldaten als eventuell darauf gerichtet besonders gefordert wird, — mit vollstem Recht, denn die juristische Wirkung des (bekanntlich ganz formlosen) Soldatentestaments ist im Wesentlichen dieselbe, wie die des förmlichen gemeinen Testaments, durch beide wird dasselbe Rechtsverhältniß hervorgebracht: direkte successio per universitatem, der Unterschied ist wesentlich nur formell, (materiell nur insofern, als das Soldatentestament auch in Beziehung auf den Inhalt des Testaments sogar privilegirt ist). Die Parthieen wollen aber nicht die Form, nicht das Mittel als solches, sondern nur als Mittel zum Zweck, d. h. sie wollen nur Diesen.

Diesen Gesichtspunkt deuten auch die Worte der Stelle selbst an: „neque enim, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militis renunciavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua. Sed magis utroque genere voluisse, propter fortuitos casus,“ wiewohl er dem Juristen nicht klar geworden ist; denn statt zu sagen: der Testator wolle streng genommen nur den Zweck, nicht die Form, sagt er, er wolle jede Form, die zum Zwecke führe. Ungeschickt ist auch die Vergleichung mit der Codicillar-

14) Ueber diese Lesart, wie über die verschiedenen Lesarten dieser Stelle überhaupt vergl. Fein a. a. O. S. 413. Note 88.

clausel, denn der Fall der Codicillarclausel ist von dem obigen gerade dadurch verschieden, daß, wenn das Testament als Codicill gelten soll, die Richtung des Willens darauf speziell feststehen muß, während der Jurist dieß beim Soldatenteſtament gerade nicht verlangt. An der Sache selbst ändert ein schiefes Argument begreiflich Nichts, diese steht gerade dadurch fest, daß der Jurist das Testament als Soldatentestament eben ohne alles Weitere gelten läßt. Vielleicht wurde er zu jenem Mißgriff verleitet durch die äußere Aehnlichkeit der Fälle, sofern zu seiner Zeit zum Codicill (außer der Schrift) gerade so wenig eine bestimmte Form nöthig war, als zum Soldatentestament.[15])

Die kaum betrachteten Quellenzeugnisse beweisen zur Genüge, daß sich die Römischen Juristen des von uns aufgestellten vermittelnden Prinzips in der Lehre von der Conversion als Prinzips nicht klar bewußt waren, sie entschieden in dem concreten Falle richtig, aber mehr aus juristischem Takt, als aus vollem juristischen Bewußtsein.

## §. 4.

Schließlich mag es gestattet sein, die im Bisherigen entwickelten Grundsätze auf ein für den heutigen Verkehr höchst wichtiges Rechtsinstitut, das Wechselrecht, anzuwenden, um so mehr, als diese Anwendung des spezifischen Wesens des Wechselversprechens wegen sich nicht von selbst macht, und Thöl, durch seine oben beleuchtete Präsumtion verleitet, auf die Frage nicht näher eingegangen ist.

Knüpfen wir gleichwohl zunächst an ihn an. Er lehrt a. a. O. Folgendes:

„Wo die materielle Wechselstrenge nicht besteht, also „das in dem Wechsel (der Urkunde) enthaltene Sum-

---

15) Ueber das Verhältniß der obigen Stelle zur Lehre von der Codicillarclausel vergl. v. Vangerow Leitf. §. 527. Anm. 1.

„menversprechen nicht gültig ist, da kann der Wech-
„sel insofern Rechtswirkung haben, als er die Bestand-
„theile eines anderen Rechtsgeschäfts enthält und die-
„ses dem Willen der Interessenten entspricht. Ob die-
„ses andere Geschäft angenommen und der Wechsel als
„Urkunde über dasselbe behandelt werden darf, bestimmt
„sich nach dem Willen der Interessenten, ist also nicht
„eine Rechtsfrage, sondern eine Thatfrage; es kann ja
„ein ungiltiges Rechtsgeschäft gewollt sein,

l. 8. pr. Dig. de acceptil.

„Es muß das andere Geschäft gewollt sein

l. 1. §. 4. Dig. de pecun. constit.

„Dieß ist im Zweifel anzunehmen, also bis zum
„Gegenbeweis das Gültige für das Gewollte zu neh-
„men. Dieß angewandt. Wenn ein Wechsel außer dem
„ungültigen Wechselversprechen ein gültiges Schuldver-
„sprechen enthält, so ist er als eine Urkunde über das
„letztere zu behandeln, also ein eigner Wechsel als Schuld-
„schein, wenn er eine causa debendi angiebt, also die
„Acceptation einer Tratte als Uebernahme des Zah-
„lungsauftrags gegenüber dem Trassanten, wenngleich
„das in derselben enthaltene Accept ungültig ist. Eine
„Tratte und ein Indossament ist als Anweisung zu
„behandeln." —

Dasselbe muß Thöl natürlich auch dann annehmen, wenn der Wechsel aus einem andern Grund, als weil das Landesgesetz die materielle Wechselstrenge nicht anerkennt, ungiltig ist, und er macht auch ganz consequent von seiner Theorie Gebrauch im Falle der Ungiltigkeit des Wechsels wegen Wechselunfähigkeit des Wechselgebers §. 155:

„Der Wechsel des Wechselunfähigen ist also in aller
„Beziehung kein Wechsel. Der eigene Wechsel ist aber
„wenn er danach beschaffen ist, als Schuldschein, und
„die Tratte und das Indossament als Anweisung zu
„behandeln."

Diese Theorie ist von dem Standpunkte aus, den Thöl in der Lehre von der Conversion überhaupt einnimmt, ganz consequent, weil er im Zweifel immer das Giltige für das Gewollte, eine Präsumtion für das Giltige annimmt, eben mit dieser Präsumtion ist aber auch die ganze Thöl'sche Lehre von der Conversion im Wechselrecht widerlegt, und diese Widerlegung ist, sollte ich denken, in §.1—3 dieser Abhandlung genügend enthalten.

Daher ist nur noch übrig, die von Thöl entschiedenen Fälle auch von unserem Standpunkte aus ganz selbstständig zu entscheiden. —

Den ersten Fall entscheiden wir ganz so wie Thöl; der eigene Wechsel, der als solcher ungiltig ist, dient als Schuldschein, wofern er die causa debendi enthält, aber durchaus nicht als convertirtes Rechtsgeschäft, es ist dieß gar kein Fall der Conversion eines Rechtsgeschäfts, denn der Schuldschein ist kein Rechtsgeschäft, keine Willenserklärung, keine verpflichtende Handlung, sondern lediglich ein Beweismittel für das Dasein eines Rechtsverhältnisses; zu der rechtlichen Wirksamkeit dieses Beweismittels gehört auch durchaus nicht der zu einem giltigen Rechtsgeschäft nöthige juristische Wille, es genügt vielmehr der animus confitendi, die Absicht, die Wahrheit zu sagen. Der animus confitendi braucht in der Regel nicht besonders bewiesen zu werden, er versteht sich von selbst bei jeder Schuldurkunde, welche die causa debendi enthält

l. 25. §. 4. Dig. de probat. 22. 3.
c. 14. X. de fide instrument. 2. 22.

daß das Schuldbekenntniß gerade auf einem Wechsel, also einer Urkunde, die zunächst den Zweck hat, ein besonderes Rechtsgeschäft zu begründen, steht, enthält durchaus kein Argument gegen die Annahme des animus confitendi, im Gegentheil spricht der Umstand, daß jedem Wechselversprechen ein Rechtsverhältniß unterliegt, weßhalb es gegeben wird (Thöl §. 184), für die Absicht, sich als Schuldner zu bekennen.

Als einziges positives Erforderniß bleibt somit der Ausdruck der causa debendi übrig, die Bezeichnung des dem Wechselversprechen (stets) unterliegenden Rechtsverhältnisses. Diese liegt in dem Ausdruck des Valutenverhältnisses (beim eignen Wechsel, der Tratte und dem Indossament), beziehungsweise des Deckungsverhältnisses (beim Accept); allein gerade die in den Wechseln zur Bezeichnung dieser Verhältnisse gebrauchten Formeln werden häufig die causa debendi nicht genügend bezeichnen, weil sie das wirkliche Valutenverhältniß gar nicht ersehen lassen (Thöl §. 177). Es wird also aus diesem Grunde häufig der ungiltige eigene Wechsel nicht als Schuldbekenntniß zu benützen sein. Natürlich wird durch dieses thatsächliche Verhältniß unsere juristische Regel als solche nicht berührt, der eigene Wechsel gilt immer dann als Schuldbekenntniß, wenn das unterliegende Rechtsverhältniß deutlich in demselben bezeichnet ist. Juristisch ist diese Bezeichnung sehr wohl möglich, ohne daß dadurch die Giltigkeit des Wechselversprechens irgendwie alterirt wird, das Wechselversprechen wird durch die Aufnahme des unterliegenden Rechtsverhältnisses nur dann ungiltig, wenn letzteres in den Inhalt des Wechselversprechens aufgenommen wird, denn solches widerspricht dem Begriff des Wechselversprechens als eines Summenversprechens ohne Gegenversprechen, dagegen gilt in einem solchen Falle eben das ungiltige Wechselversprechen als Schuldbekenntniß; dieser Fall der Ungiltigkeit gehört ganz speziell hierher. (Thöl §. 184. II.) —

Eine ungiltige Tratte und ein ungiltiges Indossament ist durchaus nicht als Anweisung zu behandeln. Das Rechtsverhältniß des Trassanten und des Indossanten zum Wechselnehmer, beziehungsweise Indossatar ist nemlich durchweg verschieden von dem Rechtsverhältniß des Assignanten zum Assignatar. Die Anweisung begründet gar keine obligatio zwischen dem Assignanten und Assignatar, die Tratte dagegen begründet eine solche zwischen dem Tras-

santen und Wechselnehmer, ebenso das Indossament zwischen dem Indossanten und Indossatar, denn das Indossament ist selbst wieder eine Tratte. Wenn nach dem unterliegenden Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignatar eine obligatio besteht, und dieß ist die Regel, dann ist der Assignatar stets Mandatar und daher wesentlich verpflichtet. Der Wechselnehmer aber und ebenso der Indossatar ist Gläubiger, und zwar ohne alle Verpflichtung. Das Wechselversprechen ist ein Summenversprechen ohne Gegenversprechen. Es giebt kein Recht aus der Form der Anweisung, nur ein Recht aus dem der Anweisung unterliegenden (Valuten-) Verhältniß, hingegen besteht ein Recht des Wechselnehmers und des Indossatars aus dem Wechsel, für dieses Recht ist das unterliegende (Valuten-) Verhältniß gleichgiltig. Der Assignant als Mandant ist wesentlich nur berechtigt, der Trassant und Indossant ist nur verpflichtet.[16]) Hiernach ist die Unanwendbarkeit unserer Modification klar, die ungiltige Tratte, das ungiltige Indossament gilt nicht als Anweisung, außer wofern der Wille der Contrahenten besonders darauf gerichtet war, daß dieses Rechtsverhältniß eventuell angenommen werden solle, und solches von dem sich darauf Berufenden bewiesen wird.

Als Schuldbekenntniß kann sowohl das ungiltige Indossament, wie die ungiltige Tratte gelten, es gilt in dieser Beziehung ganz das oben in Betreff des ungiltigen eigenen Wechsels Ausgeführte. —

Endlich greift auch bei dem ungiltigen Accept unsere Modification nicht Platz. Freilich führt Thöl[17]) aus: der Assignat und Assignatar stehen in demselben Rechtsverhältniß, wie der Trassat und der Wechselnehmer, der

---

16) Vergl. über alles Obige Thöl Handelsrecht Thl. 1. §. 127. Nr. 3. und Thl. 2. §. 216. Nr. 13. §. 232. bes. a. E. §. 237.

17) §. 127. Nr. 2. vgl. mit §. 125. Nr. 2 und 3.

Inhalt der Acceptation sei derselbe, der Acceptant möge Trassat oder Assignat sein, der Inhalt bestimme sich nach dem in der Urkunde enthaltenen Zahlungsauftrag. Dieses ist nun allerdings richtig, allein insofern ein Unterschied, als gegen den acceptirenden und nicht zahlenden Trassaten die prozessualische Wechselstrenge mit der dazu gehörenden Wechselhaft, der Personalhaft, Platz greift, gegen den acceptirenden Assignatar aber nicht. Freilich bildet die prozessualische Wechselstrenge nicht den einzigen Unterschied der Tratte von der Anweisung, dieser liegt vielmehr vornehmlich in der materiellen Wechselstrenge, in der Indentität von Wechselversprechen und Summenversprechen, und dieser Unterschied ist eben hinsichtlich des Accepts der Anweisung und der Tratte nicht praktisch, eben so wenig ist zu läugnen, daß der Wille der Wechselinteressenten zunächst nicht dahin geht, daß das durch die Tratte begründete Wechselversprechen, sondern die in jeder Tratte enthaltene Anweisung wirksam werde; alle diese Argumente werden jedoch aufgewogen durch den unbestreitbaren Satz, daß wenigstens eventuell die Partheien die Wirksamkeit des durch die Tratte begründeten Wechselversprechens als Wechselversprechens, und gerade die prozessualische Wechselstrenge wollen, weil die durch Wechselversprechen gesicherten Anweisungen d. h. die Tratten die besten, dem baaren Geld nahe kommenden Anweisungen sind, das sind sie aber lediglich durch die Wechselstrenge, und zwar durch die prozessualische eben so wohl, als durch die materielle, zudem gehört die erstere nicht blos subjektiv, d. h. im Sinne der Wechselcontrahenten, sondern auch objektiv zum Begriff, zum Wesen der Tratte und des Wechsels überhaupt, wenn sie auch dieses nicht allein constituirt; es ist daher das Wechselversprechen immer und in allen seinen Formen somit auch als Accept ein von der Anweisung wesentlich verschiedenes Rechtsverhältniß. Eine gute Analogie für das so eben Ausgeführte gewährt uns das spätere Römische Recht.

Der Unterschied zwischen bonae fidei und stricti juris negotia ist gegen das Ende der classischen Jurisprudenz wesentlich nur noch ein prozessualischer, und doch gilt die inutilis stipulatio nicht ohne Weiteres als nudum pactum, auch wo dieses klagbar ist. Insbesondere existirt nach Römischem Recht zwischen stricti j. und bonae f. n. überhaupt ein sehr wichtiger, materieller Unterschied gar nicht. Es ist gegen die Klage sowohl aus der verborum als der litterarum obligatio jede Einrede aus dem unterliegenden Rechtsverhältniß zulässig, [18]) wie umgekehrt im vorliegenden Fall das Accept der Anweisung und der Tratte gerade darin gleich erscheinen, daß gegen die Klage weder aus dem einen noch aus dem andern derartige Einwendungen statt haben.

Als Schuldbekenntniß kann das ungiltige Accept der Tratte wohl dienen, wofern die bereits näher ausgeführten Erforderniſſe vorliegen, d. h. wofern der acceptirende Traſſat Schuldner des Traſſanten ist, und dieser, auf Schuld gezogen, als die dem Traſſaten zu leistende Deckung des-

---

18) l. 25. Dig. de act. emti 19. 1. (Julianus libro 54. Dig.) vgl. darüber Puchta Curs. d. Inst. §. 170. Note t. und Keller der röm. Civilproz. u. die Actionen S. 159. lit. c.

Gajus IV. 126.

Aus diesen Stellen ergiebt sich der obige Rechtssatz unwiderleglich. Er ist um so interessanter, als die Römer die Gewohnheit hatten, bestehende anderweitige Obligationen in eine verborum oder litterarum obligatio zu verwandeln, um die Vortheile der actiones stricti juris zu haben, gerade wie wir h. z. T. uns für die Forderung einer Summe aus jedem beliebigen Rechtsverhältniß ein Wechselversprechen geben lassen. S. über jene römische Gewohnheit Cicero de off. III. 14. Gajus III, 129, Savigny System Bd. 5. Beil. XIII. Nr. XVI. u. Beil. XIV. Nr. IX. Was etwa aus dem fraglichen römischen Rechtssatz für die Zulässigkeit der Einrede aus dem unterliegenden Rechtsverhältnisse gegen die Klage aus dem Wechselversprechen, oder wenigstens gegen die Begründung ihrer Unstatthaftigkeit lediglich durch das Argument: „Das Wechselversprechen ist ein Summenversprechen ohne Gegenversprechen", folgt, das zu untersuchen, ist natürlich hier nicht der Ort.

sen Schuld an ihn, den Trassanten, im Wechsel bezeichnet hat, und wofern eben die causa dieser Schuld gehörig ausgedrückt ist. Freilich ist sehr oft gerade aus den zur Bezeichnung des Deckungsverhältnisses gebrauchten Formeln dieses nicht zu ersehen, namentlich nicht aus der althergebrachten Formel „und stellen es auf Rechnung," denn diese sagt nur, der Trassant werde sich mit dem Trassaten nach erfolgter Zahlung berechnen; es ist das jedoch lediglich eine Thatfrage. —

Alle diese Fragen sind in der deutschen Wechselordnung nicht berührt (vgl. §. 7. derselben), in den Leipziger Conferenzen (fünfte Conferenz v. 26. Okt. 1847) wurde mit vollem Recht die Entscheidung darüber dem Civilrecht zugewiesen. [19])

---

# V.

## Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiete der Civilgesetzgebung mit besonderer Beziehung auf die neueren Civilgesetzbücher oder Entwürfe für das Königreich Sachsen, für das Großherzogthum Hessen, für das Herzogthum Modena und die Schweizer Gesetzbücher oder Entwürfe für Zürich, Solothurn, Freiburg, Thurgau, Wallis, Aargau, mit Entwicklung der Rücksichten, welche die Prüfung dieser neuen Arbeiten leiten müssen.

Von

**Mittermaier.**

In keinem Lande ist soviel für die rechtswissenschaftliche Forschung im Fache des Civilrechts; für die gelehrte

---

19) Protokolle der Leipziger Wechselconferenz. (Leipzig bei Hirschfeld.) S. 18.